

# A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONAL

CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO\*

## RESUMO

O texto aborda o problema da racionalidade da decisão judicial constitucional da perspectiva da legitimidade de seus agentes e do papel das normas e valores em sua produção. A discussão teórica procura enfocar as relações entre a decisão constitucional e o respeito ao processo político da Sociedade.

Palavras-chave: Decisão judicial. Decisão constitucional. Teoria da Decisão Judicial. Legitimidade da decisão judicial. Racionalidade da decisão judicial. Decisão judicial política. Processo político. Tribunais constitucionais.

## INTRODUÇÃO

A decisão política fundamental que positiva a norma constitucional é a obra-resultado em que a Sociedade faz imenso esforço para chegar a si mesma e as suas contradições: uma luta ideológica, econômica, cultural, que se dá objetivamente no ambiente da História, capítulo final do embate de grupos sociais distintos pela par-

---

\* Mestre e Doutora em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada. Presidente do Instituto Observatório do Estado. Professora e Pesquisadora da Universidade do Planalto Catarinense.

ticipação no Poder. A constitucionalização de normas jurídicas é, portanto, consequência de uma decisão política. É visivelmente este comprometimento político que constrói a normatividade constitucional e condiciona também o conteúdo de sua imperatividade glorificada no momento da decisão judicial.

Para abordar a crescente atividade judicial no controle político da Constituição, faz-se necessário enquadrá-la no território mais amplo das próprias compreensões envolvidas nas tarefas da jurisdição; isso, tanto de uma perspectiva interna, a autocompreensão de seus operadores privilegiados, ou seja, os agentes da decisão judicial de caráter constitucional, quanto na de uma ótica exterior, pressuposta na Dogmática Constitucional brasileira.

Com efeito, uma das consequências mais evidentes do impasse em que se encontra o Estado social diante do fenômeno da globalização é o deslocamento crescente e constante dos procedimentos decisórios emancipatórios para a esfera supranacional. Ao investigar a decisão judicial constitucional, procura-se compreender, simultaneamente, por quais mecanismos o aumento atual da juridificação da vida social acaba por refletir-se também no acréscimo de judicialização da Sociedade protagonizado pela jurisdição constitucional. As grandes concepções teóricas sobre direitos humanos, ou sobre os princípios do Estado Democrático de Direito, entretanto, encontram, nas deliberações judiciais constitucionais brasileiras, parâmetros exclusivamente nacionais e típicos das leituras levadas a efeito por seus aplicadores. É necessário compreender a forma pela qual o Estado e, mais especificamente, o exercício da função jurisdicional constitucional, realiza esta constelação de saberes e compreensões nem sempre coerentes e, freqüentemente, mitigadas com um lineamento teórico duramente arraigado na forma tradicional de lidar com os assuntos públicos brasileiros.

O esclarecimento das questões internalizadas sob a forma da adoção de critérios hermenêuticos tradicionais, do recurso aos conceitos operacionalizados pela dogmática do Direito Constitucional sobre o Direito e a Democracia, os direitos fundamentais e os princípios reguladores do Estado do Direito representam as concepções concretamente realizadas nos argumentos constitucionais brasileiros que fazem suporte às decisões do Supremo Tribunal Federal. São as formas pelas quais os membros da alta-magistratura traduzem o arcabouço teórico povoado por discussões já clássicas e renovadas em suas decisões judiciais.

No Brasil as decisões judiciais foram impactadas no período subsequente ao da transição democrática pelo debate em torno dos denominados *novos direitos*, considerados na lição de Paulo de Tarso Brandão (2001, p. 129, 130), tanto os nascidos “dos conflitos típicos da Sociedade contemporânea como a gama de direitos que são

efetivamente novos na sua configuração e não no momento de seu enunciado, quando já não mais guardam qualquer correspondência com sua origem”. Daí a relevância do problema de sua tutela judicial que deve compreendê-los “inseridos num contexto conflitual”.

As decisões judiciais pautadas no tema destas discussões enfrentam constantemente limitações interiores ao próprio processo perverso de deliberação. A herança do saber jurídico acumulado na máquina de decidir do Estado obstaculiza a autocompreensão pressuposta dos agentes deste tipo de decisão judicial da função política da sua própria tarefa. O patrimônio de concepções jurídicas e políticas carregadas pelos agentes é em tudo estranho, inclusive à possibilidade de tutela de direitos oriundos não de fontes formais do paradigma liberal do Direito e do Estado, e sim de um contexto extra-estatal de conquista e consolidação de transformações produzidas pela própria Sociedade, como no entendimento do pluralismo jurídico.

## 1. O PROBLEMA DA RACIONALIDADE DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

A assimilação dos discursos teóricos no processo de tomada da decisão constitucional pressupõe a análise do próprio índice de legitimidade do agente da decisão constitucional. A racionalidade da decisão política depende como visto da legitimidade do agente e do próprio fundamento da decisão. A primeira exigência põe novamente o tema da controvérsia sobre os limites entre as funções jurisdicionais e as legislativas. O problema que se apresenta é o de como a decisão constitucional pode ser racional sem exercer função legislativa. A recondução do problema da racionalidade da decisão em jurisdição constitucional à divisão de poderes do Estado liberal deve-se à idéia de que ela depende da legitimidade do Direito vigente, que remete, por sua volta, à legitimidade do próprio processo legislativo, inacessível aos aplicadores judiciais do Direito.

A Teoria Discursiva do Direito coloca essa questão à luz do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado de Direito. Seguindo esse caminho, são relevantes para a consideração da decisão constitucional: a função do trabalho de controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, seu significado e inevitáveis impasses, tais como o problema da legitimidade do agente diante da representatividade do legislador democrático para declarar o que vale ou não como constitucional. E, mais do que isso, seu posicionamento diante dos procedimentos legítimos da formação da vontade política dos cidadãos e o grau e a forma de proteção dada a esses procedimentos quando inteiramente democráticos ou não. Já que conforme destaca Streck (2006, p.105), o

“que sempre está em jogo [ é ] o problema dos limites entre a política e o direito, enfim, a discussão acerca da compatibilidade entre a democracia e o constitucionalismo”.

A compreensão procedimental das funções exercidas pelas instâncias estatais de formação do Direito leva a crer que um ajuste merece ser realizado no esteio de superação do déficit de legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, no sentido da institucionalização de um Tribunal Constitucional. A legitimidade do Poder Judiciário para a tomada de decisões de amplitude constitucional é autorizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, uma vez que não provém diretamente do Povo, enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo passam pelo procedimento de legitimação representativa.

O enfoque sobre o Direito como expressão de uma produção judicial já é conhecido. O debate se dá sobre a extensão desse Direito judicialmente determinado. É o terreno obscuro que separa a atividade de individualização do Direito no caso concreto, isto é, a decisão judicial, da criatividade ou do ativismo judiciário, que ocupa o lugar central das discussões sobre o assunto, principalmente no que concerne ao problema da legitimidade do juiz perante a legitimidade do legislador democraticamente eleito para a produção da decisão constitucional. Assim, o entendimento amplo dos procedimentos legislativos e jurisdicionais leva à formação de uma idéia mais clara dos limites das estruturas do Estado. E, por conseguinte, pode determinar os modos de organização política e social da legitimidade conferida aos Poderes do Estado Democrático de Direito.

Dentro dos limites do paradigma liberal, o Direito judicial não pode ser considerado racional na hipótese de exercício de funções legislativas. Essa irracionalidade do ativismo judicial remete o problema à doutrina da separação dos poderes do Estado. A questão levantada por Jürgen Habermas (1997a, p. 297), a partir dessas formulações da teoria jurídica, direciona a indagação para a prática decisional no Direito ligada à lei; portanto, a legitimidade da jurisdição remete diretamente à legitimidade do Direito vigente. Este, por seu turno, depende da racionalidade de um processo de legislação que, no modelo de tripartição de poderes do Estado de Direito, foge à disponibilidade dos aplicadores jurisdicionais.

Para Habermas (1997a, p. 297), o discurso jurídico só é levado em consideração pela Teoria do Direito como produto da prática jurisprudencial, negligenciando o discurso político e a prática legislativa como discursos. Tal metodologia de abordagem, como também a de Ronald Dworkin, reduziria a complexidade do problema à seara meramente jurídico-política de proteção de direitos.

Importa lembrar que a construção de um sistema de direitos é produto de vivência histórica, cultural, social, política e econômica de um povo para dizer o

mínimo. Compreender o sistema de direitos pelo qual deveria se pautar a Sociedade brasileira, hipercomplexa em suas expressões jurídicas, demanda clara autocompreensão paradigmática que ainda é ausente ou deveras incipiente.

As concepções *in-abstracto* (HABERMAS, 1997a, p. 308-309) do que venha a ser o sistema principiológico de direitos brasileiro podem assumir nova personalidade e conteúdo inteiramente outro no embate da realidade social pela qual passa o país. São três os movimentos de aproximação da decisão judicial em jurisdição constitucional.

O tratamento dado por Jürgen Habermas à teoria jurídica de Ronald Dworkin objetiva direcionar o debate para o que denomina o problema da racionalidade da jurisdição, qual seja a satisfação simultânea a ser dada tanto ao quesito da segurança jurídica quanto à aceitação racional das decisões jurisdicionais. Esse quadro de critérios necessários ao índice de autenticidade racional da produção judicial do Direito encontra-se intimamente vinculado à dupla exigência perelmaniana da forma anteriormente vista no elenco de exigências pragmático-formais de racionalidade para a decisão judicial. Como a decisão jurisdicional pode ser racional, ou seja, aceitável, sem exercer função legislativa, a questão levantada por Habermas é sobre o perigo da assunção de competências legisladoras pelo Judiciário.

Habermas se lança à análise do vínculo problemático entre justiça e legislação, a partir da ótica teórica do Direito, por isso o exercício autorizado do controle judicial da constitucionalidade considerado como um referencial institucional concreto.

## 2. A LEGITIMIDADE DO AGENTE DA DECISÃO CONSTITUCIONAL - OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A presença de um tribunal exclusivamente constitucional não é percebida em todos os Estados de Direito, e é controvertida a sua funcionalidade dentro das respectivas estruturas constitucionais e a legitimidade das decisões que prola.

Na Teoria do Discurso, a jurisdição constitucional pode ser tratada criticamente a partir de pelo menos três perspectivas diferenciadas, mas todas elas reconduzem ao tema da divisão de competências entre o Judiciário e o Legislativo. Essas três perspectivas se referem, primeiro, à disputa de paradigmas inserida na discussão da doutrina liberal clássica da separação de poderes e à superação do Estado liberal pelo Estado intervencionista e Estado de bem-estar social. Em segundo lugar, a crítica se volta para a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão que promove a equivalência entre princípios e bens. A terceira perspectiva toca

no problema da compreensão do processo político sob a luz da orientação metodológica discursiva. Nessa abordagem, leva-se em consideração, sobretudo no modelo norte-americano, o papel do Tribunal Constitucional na proteção do procedimento democrático da legislação, conduzindo a uma perspectiva não-instrumental do processo político.

Habermas (1997a, p. 297-354) ensina que o Tribunal Constitucional desempenha diferentes atividades ao mesmo tempo. São diferentes competências além da tarefa de interpretação constitucional e assim a proteção da coerência da ordem jurídica. No Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, são três diferentes competências: 1- disputa entre órgãos, inclusive as controvérsias entre a União e os Estados; 2 – controle de constitucionalidade de normas jurídicas; e 3 – recursos constitucionais. As duas últimas competências são problemáticas do ponto de vista da divisão de poderes. Nesses casos o Tribunal Constitucional opera como uniformizador do Direito. Mesmo autorizado a declarar a importância das leis, no sistema jurisdicional ele se estrutura hierarquicamente ao lado dos tribunais superiores, assumindo as tarefas de reflexão e autocontrole. Do mesmo modo, cabe ao governo, como cúpula do Poder Executivo, o autocontrole da Administração. A primeira competência é a mais problemática porque atinge a separação das funções estatais, mas se justifica, em uma dimensão técnico-constitucional, na medida em que a superação dos conflitos entre os órgãos do Estado é necessária, por serem estes operativamente dependentes de entrosamento recíproco. Por conseguinte, a lógica da separação dos poderes exige que o Tribunal tenha à sua disposição os meios adequados para a imposição de suas decisões, diante da resistência do Parlamento e do Governo.

Em relação ao controle de normas, a relação concorrente entre o tribunal e o legislador democrático torna-se potencialmente mais séria. Pelo reexame judicial, uma lei originada do Parlamento será confrontada em termos de constitucionalidade e de coerência com o sistema de direitos. Até a votação final, o próprio Parlamento pode exercer essa tarefa. Habermas (1997a, p. 297-354) sugere o reexame da decisão parlamentar na forma de um autocontrole do legislador, organizado como tribunal institucionalizado, em que juristas especializados poderiam ser incluídos em uma comissão parlamentar. Esse tipo de internalização da auto-reflexão a respeito das próprias decisões sustentaria um vínculo mais estreito das deliberações parlamentares com os princípios constitucionais e seu conteúdo normativo. Esse tipo de autocontrole seria tão mais relevante quanto nas ocasiões em que redefinições de ordem ética e moral estivessem sendo processadas no seio do Parlamento, transformando-as em questões negociáveis, isto é, capazes de compromisso.

A existência do Tribunal Constitucional parlamentar seria uma diferenciação institucional auto-referencial no processo de controle de normas, contribuindo para aumentar o nível de racionalidade do processo legislativo. E se configura como um elemento importante da divisão de poderes, levada em consideração da perspectiva da Teoria do Discurso, porque, antes de mais nada, submete a Administração ao Poder gerado comunicativamente.

A partir da teoria discursiva, é necessária certa assimetria na lógica da divisão de poderes: o Poder Executivo não poderia dispor das bases normativas da legislação e da justiça e deveria se submeter ao controle parlamentar e judicial, e, obrigatoriamente, se omitir da supervisão dos outros dois poderes. Habermas, portanto, acompanha Hans Kelsen na crítica a Carl Schmitt, uma vez que este último proclamou o presidente do Reich como o guarda supremo da Constituição, e Kelsen considera tal postura um indicativo do Estado total.

Nessa controvérsia Hans Kelsen defendeu a idéia da criação de um Tribunal Constitucional a partir de argumentos políticos e da Teoria do Direito, que tinham sua razão de ser naquele momento histórico. Para Carl Schmitt, o controle abstrato de normas não era uma questão de aplicação de normas, e, portanto, uma consequência da prática de decisão judicial, somente regras gerais podem ser comparadas entre si, não podendo ser aplicadas ou subsumidas umas às outras, não haveria um nexo entre normas e fatos. Kelsen contra-argumentava que os fatos subsumidos à norma constitucional não constituem a norma e sim sua produção. Habermas (1997a, p. 301-302) acredita que a viabilidade deste argumento só se verificaria se a abordagem fosse procedimental e opta pelo argumento político-jurídico que para ele é decisivo. Como na maior parte das inconstitucionalidades, o Parlamento e o Governo são as partes envolvidas, apela-se para uma terceira instância. Mas a atribuição de competência a um órgão simples para efetuar o controle da Constituição não significa fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do Poder.

O modelo de separação de poderes, a partir da perspectiva da Teoria da Argumentação, funciona auto-reflexivamente em relação à legislação, da mesma forma como na Justiça, e possui a competência do controle de sua própria atividade. Para Habermas (1997a), se por um lado o legislador não tem competência para reexaminar a aplicação judicial do Direito, para verificar se está sendo baseada em argumentos normativos que conduzam à presunção de fundamentação racional da lei, por outro lado, ele deve ter como função indiscutível o controle abstrato de normas, assumindo a forma de um processo judicial.

A questão da institucionalização adequada da interpretação da Constituição, que diz respeito diretamente ao Legislativo, na verdade não importa muito para

Habermas (1997a, p. 302). A concretização do Direito Constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do Direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente.

Para Müller (2005, p. 131-132), o termo concretizar a Constituição significa “*produzir*, diante da provocação [no] caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”. Canotilho (1993, p. 1201), por sua vez, complementa tal definição afirmando que a “concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização”. No contexto de um Estado democrático de direito, o processo de construção dessa concretização deve seguir uma lógica normativamente orientada. Ao jurista concretizador, cabe a tarefa de “trabalhar a partir do *texto da norma* editado pelas entidades democráticas e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional”. Por sua vez, a norma de decisão, instituto de representação da ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não se apresenta como autônoma da norma jurídica e nem como uma “decisão voluntarista do sujeito de concretização”. A norma de decisão deve, neste sentido, “reconduzir-se sempre à norma jurídica geral”.

Habermas cita jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que assume que o Direito não se resume ao conjunto das leis escritas e reconhece existir nos estatutos positivos do Poder do Estado, que também têm fundamento na Constituição, um acréscimo do que deve ser reconhecido como Direito e que deve ser levado em consideração no momento da busca da realização de seu sentido nas decisões judiciais. Assim, a interpretação será encontrada sob a forma de uma argumentação racional. Para Habermas (1997a, p. 303), esse tipo de formulação transparece uma autocompreensão problemática do Tribunal porque lhe atribui a função de desenvolvimento criativo do Direito.

A crítica dessa visão de forma se justifica: tanto a interpretação constitucional quanto a comum têm um caráter criativo. Essas competências não seriam uma ameaça à divisão de poderes. No modelo liberal, a separação de poderes ocupa espaço central. A decisão judicial é orientada para o passado, o legislador orienta-se para o futuro e o administrador administra o presente. A Constituição deve afastar o perigo de conflito entre o Estado e o cidadão comum, mas as relações entre as pessoas, que são horizontais e intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal da divisão dos poderes. A decorrência é a representação positivista do



Direito como sistema de regras fechado recursivamente. No modelo do Estado social, a ordem jurídica é materializada, pois inclui objetivos políticos e fundamentação de princípios. A argumentação jurídica se volta para argumentos morais de princípios e argumentos políticos visando aos fins. As normas de princípio exigem interpretação construtiva do caso concreto e sensível ao contexto e referenciada em todo o sistema de regras. Enquanto isso, pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade de sujeitos que agem comunicativamente, no interior do sistema jurídico isso significa um crescimento do poder da justiça e uma ampliação do espaço da decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura normativa do Estado clássico de Direito à custa da autonomia dos cidadãos. A jurisprudência passa a se orientar para o presente e o futuro, enquanto antes se voltava para a história institucional da ordem jurídica. O problema é que aí se corre o risco de a Justiça intervir em competências legislativas para as quais ela não possui legitimação democrática, e por outro lado ela pode promover uma estrutura jurídica flexível, o que também pode solapar a legitimação democrática do Direito. (HABERMAS, 1997a, p. 303-306)

O paradigma liberal do Direito, até as primeiras décadas do século XX, expressava um consenso de fundo entre os juristas, com um contexto de máximas dogmáticas de interpretação para a aplicação do Direito. Pensava-se que o Direito poderia ser aplicado sem o recurso a princípios, que deveriam ser interpretados, ou a conceitos-chave duvidosos.

Segundo Habermas (1997a, 313-314), toda ordem jurídica que se justifica a partir de princípios necessita de uma interpretação construtiva, as chamadas normas de fundo. Toda a decisão sobre princípios importa em uma justificação externa porque ultrapassa a interpretação do texto da lei. O problema para este autor é que o recurso inevitável a essas normas de fundo abre para o Tribunal Constitucional a possibilidade de uma criação de Direito inspirada politicamente, o que, segundo a lógica da divisão de poderes, deve ser reservada ao legislador democrático.

O controle de constitucionalidade das leis não precisa ser exercido obrigatoriamente pelo Poder Judiciário. A experiência alemã e a espanhola, aliás, assim o demonstram. O controle pode ser efetuado pelo próprio Parlamento, ou por um tribunal a ele ligado, tal como o Tribunal de Contas da União, e é, formalmente, considerado um órgão auxiliar do Congresso Nacional brasileiro.

Por outro lado, não apenas as normas jurídicas de origem parlamentar são objeto de controle, também o são os atos do Poder público e os regulamentos que este produz. Contudo, é justamente sobre o controle de constitucionalidade abstrata, que se opera sobre a legislação oriunda do Congresso Nacional brasileiro, que reside o ponto focal do debate da sua racionalidade e legitimidade.

A experiência originária de semelhante controle de constitucionalidade tem sua representação mais acabada no caso *Marbury X Madison* do ano de 1803, nos Estados Unidos, quando, então, o juiz Marshall assim o decidiu. Na Europa, a primeira experiência constitucional se deu na Carta austríaca de 1020. Mas, é somente após a Segunda Guerra mundial que tal controle se dissemina pela Europa, na própria Áustria, na Alemanha e na Itália. Na França o reconhecimento da necessidade do controle de constitucionalidade se deu somente implicitamente por uma decisão de 1971 e que foi confirmada por uma Emenda constitucional de 1974. Na maioria dos países que adotam o controle de constitucionalidade, adotaram-se também como parâmetro de sua utilização a visão unitária do Poder e não a doutrina liberal da separação dos poderes. Além disso, esse tipo de controle terá um alcance diferente e conseqüentemente produzirá diferentes resultados, conforme o país, que o assimile ao seu ordenamento, observe o sistema jurídico continental ou o *common law*.

### 3. NORMAS E VALORES NA PRODUÇÃO DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas. Segundo Habermas (1997a, p. 314-316), o próprio Tribunal alemão desenvolveu uma doutrina da ordem de valores; portanto, uma autocompreensão metodológica dos juízes, que teve conseqüências problemáticas para os precedentes que formou. A crítica à jurisprudência de valores geralmente se volta para as suas conseqüências para o Estado de Direito. Mas, alerta que é mais do que isso, a doutrina de valores é conseqüência de uma auto-interpretação falsa, perde de vista a interpretação construtiva, segundo a qual, direitos não podem ser identificados com valores. Para o Tribunal alemão, a Lei Fundamental alemã não se constitui como um sistema de regras estruturado, mas uma ordem concreta de valores. Os juízos do Tribunal poderiam mesmo interpretar princípios como valores: normas fundamentais objetivas devem apoiar-se em decisões valorativas. Dessa forma, acompanha a tese de Robert Alexy que prevê a interpretação de princípios transformados em valores como mandamentos de otimização de intensidade variável.

Princípios, ou normas mais elevadas, a partir dos quais outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que valores possuem um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, ao passo que valores expressam preferências compartilhadas intersubjetivamente. Com a adoção da doutrina de valores, corre-se o risco de produção de juízos irracionais, porque os argu-

mentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos. Aquilo que é melhor para cada um não coincide com aquilo que é igualmente bom para todos.

A presença da decisão judicial de caráter marcadamente político na atualidade deve-se ao próprio desenvolvimento político nacional. Segundo José Eduardo Faria (1978, p. 51-53), o *desenvolvimento político* é uma noção que permite avaliar a aptidão de sistemas políticos para a criação e a preservação do “consenso em torno dos interesses públicos” e também de legitimação das “escolhas operacionais que regulam os conflitos, permitindo-os absorver mudanças sociais e adaptar-se às circunstâncias, sem perda de sua integridade”.

#### 4. A DECISÃO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO POLÍTICO

Tudo o anteriormente exposto não quer dizer que não exista a possibilidade de decisões constitucionais racionais em geral, mas somente se estabelece o problema da autocompreensão falsa e de suas conseqüências para o problema da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Tanto os discursos de aplicação de normas quanto os de fundamentação de normas oferecem um critério lógico-argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da administração da justiça e da legislação.

A lógica da divisão de poderes poderia estar na quebra do círculo do processo de legitimação normalmente fechado auto-referencialmente: em nenhum nível do processo de decisão o Poder político pode simplesmente legitimar-se pelo Direito que ele mesmo normatizou. O legislador se legitima seja pela observância das normas processuais da Constituição, seja através da vontade popular que o precede, mas nunca por leis por ele mesmo elaboradas. Somente o Judiciário se legitima pelo simples Direito, isso, porém, impede que ele mesmo o normatize. Este modelo possibilita o desconhecimento dos destinatários concretos da decisão no complexo de instâncias do Estado de Direito. (HABERMAS, 1997a, p. 324)

Pelo simples fato de tanto o tribunal quanto o legislador se ligarem às normas processuais, não significa que seus papéis estejam equiparados. Os argumentos legitimadores oriundos da Constituição são dados ao aplicador na perspectiva da aplicação do Direito e ao legislador para que interprete e configure o sistema de direitos. O tribunal tornará a operar com esses argumentos utilizados pelo legislador para legitimar suas decisões, mas não pode dispor deles para uma aplicação imediata porque

importaria em uma legislação implícita. Quando a norma não possibilita mais essa aplicação coerente, é necessário o controle abstrato de normas que deve ser empreendido na perspectiva do legislador. Se este procedimento ocorrer na instância judiciária, então se coloca o problema, é necessário se perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer a exigência de uma legitimação democrática. A função jurisdicional que tem que ser entendida como uma delegação do autocontrole do legislador ao Tribunal Constitucional, tanto em relação à Constituição como em função da lógica da divisão de poderes.

Essa concepção cética entende que se a decisão constitucional tem a função de resguardar a Constituição, ela deve, antes de mais nada, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais das quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O agente da decisão constitucional deve preservar intactos os canais para o processo inclusivo da formação da opinião e da vontade, através da qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza.

Nesse contexto, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos da vontade, adquirem lugar privilegiado, e as leis discriminatórias de minorias ferem o princípio da isonomia, não são pelo conteúdo, mas também pelo procedimento. Estas se constituem o resultado de processos políticos deformados nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve a) se referir à gênese democrática das leis; b) conseguir espaço para as vozes desviantes e reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais; e c) garantir representação simétrica de todos os grupos relevantes, os interesses e as orientações axiológicas nas corporações parlamentares e atingir a fundamentação das deliberações parlamentares. Assim, imprime-se um rumo procedimental à desconfiança liberal em relação às minorias tirânicas. O Tribunal Constitucional só poderia conservar sua imparcialidade se resistisse à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. Habermas (1997a, p. 327) acredita que tal atitude não é coerente porque tem que se pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma interpretação dirigida por princípios, no sentido construtivo da Teoria da Integridade.

O próprio conceito de procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido de igual respeito por todos. Para Habermas (1997a, p. 327-330), este tipo de ceticismo é contra uma visão paternalista do controle jurisdicional da constitucionalidade que se alimenta de uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas do Poder e de votações emocionais da maioria. Além disso, justificaria o distanciamento da jurisdição constitucional da Política exercendo-a criativamente a partir da racionalidade dos seus próprios discursos profissionais. Esses discursos têm uma alta

pretensão de racionalidade porque são especializados em questões de aplicações de normas, e, portanto, institucionalizados. Por isso mesmo, esses discursos não podem substituir os discursos políticos, e o conceito procedimental da formação política da opinião e da vontade exige mais do que nunca de uma Teoria da Democracia.

Duas seriam as tradições de interpretação da Constituição: o paradigma liberal e o paradigma republicano. O adjetivo *republicano* é utilizado na continuidade da tradição da Política aristotélica, que passa pela filosofia romana. O pensamento político do Renascimento italiano assume as feições de um Direito natural moderno em Jean-Jacques Rousseau e entra na discussão americana da Constituição, como alternativa ao liberalismo de John Locke, passando por Harrington, opositor de Thomas Hobbes, e inspirando assim a concepção democrática dos fundadores. Tornou-se um humanismo da cidadania e se serve de uma linguagem da Ética e da Política clássica.

O conceito republicano de Política compreende esta como a prática de auto-determinação de cidadãos orientados pelo bem comum que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que se administra a si mesma, ou seja, suas liberdades positivas. O Direito é secundário em relação ao contexto ético do exercício da cidadania. O republicanismo nos debates dos fundadores, no texto da Constituição e na jurisprudência constitucional atual, presta-se a desenvolver um conceito normativo do processo político e suas condições procedimentais.

Estas são as conseqüências desses princípios diversos para a avaliação do processo político: a) diferença de conceitos de cidadão; b) diferença de conceitos de direito; c) diferença de concepções sobre a natureza do processo político; d) condições processuais que dão a força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade.

Falar em legitimidade leva necessariamente a discutir os modos de formação da vontade. A questão da legitimidade da jurisprudência constitucional envolve componentes deliberativos do processo de legislação. Com a contribuição da visão republicana, é possível formular de modo mais específico a proposta procedimentalista. A compreensão republicana de *Política* lembra o nexo interno entre sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nessa perspectiva, o Tribunal Constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições de uma Política deliberativa. Esta última deve fundamentar a legitimidade, ou seja, a formação da vontade institucionalizada nas corporações parlamentares, programada para decisões, e institucionalizadas conforme o Direito procedimental e também contribuir para a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política. O modelo deliberativo da legislação é ameaçado entre outras coisas pelo Poder social

privado. O verdadeiro problema consiste na influência de grupos de interesses que impõem seus objetivos privados sobre o aparelho do Estado à custa de interesses gerais. Contra essa tirania das forças sociais, o republicanismo renovado entende o papel do Judiciário constitucional como o de guardião da política deliberativa. Até que ponto o Tribunal Constitucional pode intervir ofensivamente nas resoluções legislativas, geralmente é uma questão que se contrapõe mais às medidas controversas da Administração do que às resoluções do Legislativo. Para os republicanistas, o ativismo judicial constitucional é favorável porque pode compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional. O que desvirtua instrumentalisticamente o conceito de Política deliberativa. Para os republicanos, a Política correta só pode ser feita pelos virtuosos. (HABERMAS, 1997a, p. 343-345)

Para uma decisão constitucional discursiva, a formação democrática da vontade tira sua força legitimadora de pressupostos comunicativos e procedimentos que permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos, portanto não tem sua legitimidade fundada na convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias. A Teoria do Discurso rompe com a concepção ética da autonomia do cidadão. O Tribunal Constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não deixa a descoberto seu crédito de legitimação, pode se movimentar no interior das competências da aplicação do Direito – que são claramente determinadas na Lógica da argumentação – quando o processo democrático que ele deve proteger não for descrito como Estado de exceção. A verdade é que a eticidade substancial do consenso de fundo, suposto como natural, não combina com as condições do pluralismo cultural e social, caracteristicamente problemático das sociedades modernas. Habermas (1997a, p. 346-347) entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que estabelecem o nexo interno entre a autonomia pública e a privada, e, desse ponto de vista, uma jurisprudência constitucional ofensiva é necessária como uma exigência normativa quando se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Mas o conceito de Política deliberativa não pode colocar o Tribunal Constitucional sob pressão permanente no papel paternalista da Sociedade, no máximo no papel de um tutor, tudo isso sob o acompanhamento de uma comunidade de intérpretes da Constituição formada a partir da cidadania e que se constitui numa esfera pública jurídica politizada. A idealização da missão do Tribunal Constitucional provém de um estreitamento ético de discursos políticos e não está ligada ao conceito de Política deliberativa, portanto não é exigida para defender um princípio intersubjetivo do ponto de vista da Lógica da argumentação.

A jurisdição, ao levar em conta aspectos da aplicação, torna a desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, for-

necendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do Direito vigente. Assim, se considera a gênese democrática do Direito pelo ângulo da aplicação do Direito. Dessa forma, o modo deliberativo do processo de legislação é condição necessária da normatização legítima no processo de tomada da decisão judicial constitucional. Nesta mesma direção segue Canotilho (2001, p. 463) quando afirma que “a dinâmica constitucional exige dinâmica política”.

A Política deliberativa só tem sentido, contudo, dentro de um discurso ético ampliado, uma forma de auto-entendimento ético. A força legitimadora do procedimento democrático não é extraído de uma comunidade ética pressuposta e sim do próprio procedimento. Uma compreensão procedimentalista conseqüente da Constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apóiam a suposição de que o processo democrático em sua totalidade propicia resultados racionais. A partir daí é possível dizer que a razão incorpora-se nas condições pragmático-formais possibilitadoras de uma Política deliberativa e não mais situada além da comunicação política. Entretanto, o conceito de Política deliberativa depende de uma sólida concepção teórica de Democracia.

A questão que se coloca em relação ao controle de constitucionalidade das leis, do ponto de vista da Teoria e da Sociologia do Direito, é a da sua ilegitimidade quando operado pelo Judiciário, ainda que de forma constitucionalmente autorizada. Do ponto de vista da Teoria da Argumentação Jurídica, a questão que se coloca é a da racionalidade insuficiente da produção jurisdicional constitucional. As questões implicadas transcendem os limites do estudo da Constituição, a problemática é a da racionalidade e da legitimidade de todos os sistemas de direitos realizados a partir da formação da vontade política dos cidadãos.

Para Herrendorf (1998, p. 34-35), o problema que subsiste é o do caráter político das decisões tomadas em algumas situações pelos Tribunais judiciais. Em determinados momentos uma decisão que afeta o interesse de todos e possui indubitável caráter político pode ser capturada por um tribunal com faculdades para decidir com roupagens jurídicas, sem que seja obrigado posteriormente a submeter a aprovação ou reprovação dos eleitores.

No Brasil, a doutrina nacional tem se limitado a estudar a jurisdição constitucional dentro dos limites rigorosos da Dogmática Constitucional. O esforço acadêmico tem sido no sentido de apresentar soluções de operacionalização do Judiciário ante o aumento de demandas. De temas como o da importância dos juizados especiais à epistemologicamente confusa discussão sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, o pensamento jurídico conservador nacional tem apresentado certa dificuldade em superar seu passado comprometido com a *doxa* dominante. Ver

além da Constituição é uma tarefa necessária ao estudioso do Direito hoje para compreender a decisão judicial constitucional.

A Política é o território das escolhas de caráter público sedimentadas no compromisso com a responsabilidade. No ambiente político, contudo, os conflitos não vêm suas respostas serem gerenciadas de acordo com o modelo da justiça processual. Muitas vezes a controvérsia provém de adversários político-ideológicos e não de advogados, promotores e procuradores que têm entre si o pacto intersubjetivo de respeito pelas referências institucionalizadas juridicamente. A ação política institucionalizada torna-se um dos recursos contra toda espécie de mazelas observadas na Sociedade.

O embate político não assume a forma de um confronto processual e, se há aí um modelo de gestão, é a do próprio processo histórico, o que não exclui, inclusive, o fato de que vários desses confrontos tenham formalizações previstas na Constituição. O embate político pode versar sobre os próprios procedimentos de decisão política a prevalecer e, ainda que acordos sejam possíveis, resultam provisórios, mesmo que perdurem em sua provisoriedade não se convertem em um fim definitivo, uma vez que o processo histórico não se conclui, mas segue em sua dialeticidade, teórica e comparativa.

Para além da compreensão oferecida pela Dogmática Constitucional, a forma como se processa o controle abstrato de constitucionalidade das leis no Brasil revela muito sobre a autocompreensão dos agentes das decisões constitucionais como sucedâneo da formação da vontade política dos cidadãos. A produção judicial do Direito Constitucional brasileiro sofre as consequências da constante tensão que se estabelece entre o legislador democrático e o aplicador judicial. A legitimidade da produção judicial do Direito estende-se tranquilamente até os limites meramente reprodutores do ordenamento jurídico vigente, mas esbarra na força criativa da jurisprudência, fenômeno indiscutivelmente presente em nosso Direito, que tenta acompanhar a expansão do Estado brasileiro.

Entretanto, a autocompreensão da magistratura nacional, conforme se confirma pelos dados estatísticos, é a de seu “papel ético-moral na sociedade, educando-a para a vida pública e a cidadania”, com 76% das preferências de escolha efetuadas pelos juízes pesquisados contra apenas 14% da opinião do cidadão. (WERNECK VI-ANNA *et al*, 1996, p. 27)

A doutrina liberal da separação dos poderes determina reflexos profundos no pensamento jurídico da Dogmática Constitucional brasileira, o que se descortina nas concepções metodológicas absorvidas e reproduzidas pelos agentes de decisão, membros da alta-magistratura constitucional brasileira, em relação ao papel dos valores e das normas e princípios constitucionais no controle de constitucionalidade, o que deve ser capaz de atentar para a discussão sobre a racionalidade do agente destas decisões em sede concentrada, ou seja, a legitimidade do próprio Supremo Tribunal



Federal como órgão encarregado da guarda da Constituição no contexto maior da ampliação das bases de legitimidade de todo o sistema estatal. Para além dos limites normativos constitucionais, verificar a aplicabilidade de uma concepção procedimental da Constituição, abordando o tema do papel político do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro no resguardo muito mais da Constituição do que do próprio procedimento democrático da formação da vontade na Sociedade que se institucionaliza pelo processo legislativo.

Neste sentido, Moreira (1995, p. 198) é bastante preciso quando destaca que “tudo o que na actuação dos poderes públicos infrinja a Constituição cai na alçada do juiz constitucional e deve ser por ele anulado” e segue pontuando que, apesar disso, “seus poderes acabam lá onde começa a *reserva do legislador*, ou seja, a formulação e selecção de opções legislativas de entre as não incompatíveis com a Constituição”.

## CONCLUSÃO

O papel do agente da decisão judicial constitucional é de forma alguma o de subtrair as funções transformadoras da Sociedade que tem pressuposto de respeitar as decisões tomadas no jogo político das tensões que se estabelecem no choque entre os grupos sociais. Ou seja, a decisão constitucional não usurpa funções legislativas, ela as resguarda, como manifestação formal da vontade popular, e as justifica, conforme o grau de aptidão para sustentar os valores principiológicos oriundos de uma ordem de preferência de critérios, estabelecida pela própria Sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais – novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 2 v.
- HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los juices – cómo piensan los jueces que piensan*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora: Coimbra, 1995. p. 177-198

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WERNECK VIANNA, Luiz. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros/IUPERJ, 1996.